

Les Cahiers de droit



L'accord de libre-échange Canada-États-Unis prévoit-il un contrôle judiciaire binational?

Lucie Cauchon

Volume 32, numéro 3, 1991

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043099ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043099ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Cauchon, L. (1991). L'accord de libre-échange Canada-États-Unis prévoit-il un contrôle judiciaire binational? *Les Cahiers de droit*, 32(3), 729–744.
<https://doi.org/10.7202/043099ar>

Résumé de l'article

L'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique marque l'avènement d'un nouveau forum de contrôle judiciaire. En effet, la présente analyse des modes de règlement des différends prévus par l'Accord démontre l'exercice d'un véritable pouvoir de contrôle judiciaire par les groupes spéciaux binationaux sur les mesures de droit interne canadien. En outre, cette nouvelle institution binationale s'avère tout à fait compatible avec le cadre constitutionnel canadien.

L'accord de libre-échange Canada-États-Unis prévoit-il un contrôle judiciaire binational ?*

Lucie CAUCHON**

L'entrée en vigueur de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique marque l'avènement d'un nouveau forum de contrôle judiciaire. En effet, la présente analyse des modes de règlement des différends prévus par l'Accord démontre l'exercice d'un véritable pouvoir de contrôle judiciaire par les groupes spéciaux binationaux sur les mesures de droit interne canadien. En outre, cette nouvelle institution binationale s'avère tout à fait compatible avec le cadre constitutionnel canadien.

The coming into force of the Free Trade Agreement between Canada and the United States sets the stage for a new forum of judicial review. Indeed, the present analysis of ways for settling disputes provided by the Agreement demonstrates the exercising of a veritable power of judicial review by special bi-national groups on matters under domestic Canadian jurisdiction. In addition, this new bi-national institution proves to be totally compatible with the Canadian constitutional framework.

* L'auteure remercie le professeur Denis Lemieux pour l'aide apportée à la réalisation de cette étude.

** Bachelière en droit et maître en sociologie.

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| 1. Les institutions binationales exercent-elles une mission de contrôle judiciaire ? ... | 734 |
| 1.1. Ces institutions sont-elles des tribunaux indépendants de l'Exécutif | 734 |
| 1.1.1. L'immovibilité des membres | 735 |
| 1.1.2. La sécurité financière des membres | 735 |
| 1.1.3. L'indépendance institutionnelle des institutions binationales | 735 |
| 1.1.3.1. La nomination des membres | 735 |
| 1.1.3.2. La création des institutions binationales | 736 |
| 1.1.3.3. L'immunité des membres | 736 |
| 1.1.3.4. L'impartialité des membres | 736 |
| 1.2. Existe-t-il un débat contradictoire entre les Parties ? | 737 |
| 1.3. Les décisions rendues par ces institutions sont-elles exécutoires ? | 738 |
| 1.3.1. La jurisprudence relative au chapitre 18 | 738 |
| 1.3.2. La jurisprudence afférente au chapitre 19 | 739 |
| 1.4. Ces institutions doivent-elles être instituées à l'initiative de personnes physiques ou morales ? | 739 |
| 1.5. Ces institutions exercent-elles essentiellement un contrôle de légalité ou d'opportunité ? | 740 |
| 1.5.1. Les groupes spéciaux d'experts prévus au chapitre 18 | 740 |
| 1.5.2. Les groupes spéciaux d'arbitrage prévus au chapitre 18 | 741 |
| 1.5.3. La Commission prévue au chapitre 18 | 741 |
| 1.5.4. Les groupes spéciaux binationaux prévus au chapitre 19 | 741 |
| 2. Est-il constitutionnellement valide de transférer une partie du contrôle judiciaire à des organismes binationaux qui ne sont pas des cours supérieures canadiennes ? .. | 753 |
| Conclusion | 744 |

Voilà maintenant plus de deux ans que l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique* est entré en vigueur¹.

Bien que la mise en place d'un mécanisme obligatoire de règlement des différends ait suscité la controverse lors de la réalisation de l'Accord, les parties² ont finalement adopté des mesures institutionnelles s'apparentant à celles prévues par l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (GATT). Étant donné la disparité économique entre les deux pays, le Canada insistait sur la mise sur pied d'un mécanisme de règlement des différends. Le gouvernement canadien proposa que les litiges relatifs aux droits compensateurs et antidumping, de même qu'aux autres barrières commerciales, puissent être réglés par le truchement d'un mécanisme

1. Voir l'article 2105 de l'*Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*. Afin d'alléger le texte, nous utiliserons subséquemment le mot « Accord » pour désigner la présente loi.

2. L'article 101 de l'Accord définit les Parties, soit le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique.

bilatéral de règlement des différends en lieu et place des tribunaux nationaux³. Les États-Unis, de leur côté, préconisaient plutôt la tenue de consultations politiques. Après maints pourparlers, les deux pays optèrent pour l'établissement d'un mécanisme de règlement des différends qualifié de complexe par certains auteurs⁴.

Toutefois, les deux pays considérèrent insuffisante la compétence décisionnelle attribuée au GATT, puisque les états membres peuvent trop facilement y éluder leurs obligations. Conséquemment, le mécanisme de règlement des différends établi par l'Accord met l'accent sur le caractère exécutoire de celui-ci⁵.

Les chapitres 18 et 19 prévoient la création d'institutions binationales⁶ chargées d'entendre les représentations des Parties. l'Accord met sur pied trois catégories d'institutions binationales : politique, judiciaire et administrative.

Puisque les institutions binationales à caractère administratif ne détiennent aucun pouvoir décisionnel, nous allons nous attarder, pour les fins du présent texte, aux institutions à caractère politique et judiciaire.

L'institution centrale à caractère politique de l'Accord est la Commission mixte du commerce canado-américain (la Commission). Celle-ci est créée par les Parties en vertu de l'article 1802, par. 1 de l'Accord. Sa mission consiste à superviser la mise en œuvre de l'Accord, à résoudre les différends pouvant survenir en regard de son interprétation et de son application, à surveiller son développement et à se pencher sur toute autre question pouvant affecter son fonctionnement.

Précisons qu'en vertu des chapitres 18 et 19, la Commission est la première institution saisie lorsque les Parties décident de régler leurs différends selon les modes de règlement prévus par l'Accord. Par conséquent, « elle est également, l'organe politique par excellence chargée d'établir les consensus entre les deux Parties »⁷.

3. C.S. COLGAN, « Alternative Dispute Resolution in International Trade and Business », (1988) 40 *Me.L.R.* 225, p. 240.

4. T.L. McDORMAN, « The Dispute Settlement Regime of the Free Trade Agreement », (1988) 2 *R.I.B.L.* 303, p. 329 ; K.B. FERGUSON, « Dispute Settlement Under the Canada-United States Free Trade Agreement », (1989) 47 *U. of T. Fac. L. Rev.* 317.

5. T.L. McDORMAN, *id.*, p. 305.

6. Institutions binationales : nous utiliserons ce concept tout au long de notre étude pour identifier à la fois, la Commission, les groupes spéciaux d'experts, d'arbitrage et binationaux.

7. I. BERNIER, *Les institutions dans l'Accord de libre-échange canado-américain*, Rapport de recherche, Université Laval, 1990, p. 21.

Le mécanisme de règlement des différends que les institutions à caractère judiciaire prévoient fera l'objet de notre étude.

C'est à la partie VI de l'Accord que nous trouvons les dispositions générales relatives au règlement des différends et arrangements spéciaux concernant les droits antidumping et compensateurs. La *loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*⁸ contient également des dispositions institutionnelles. Celles-ci sont venues modifier substantiellement le mode de règlement des différends prévu dans la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*⁹.

« Le règlement des différends, [...] procède différemment suivant que l'on se trouve en présence d'un problème d'interprétation ou d'application de l'Accord, ou encore d'un conflit en matière de droits antidumping ou compensateurs »¹⁰.

Dans le cas des litiges relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'Accord, les modes de règlement des différends sont d'abord invoqués au chapitre 18 de l'Accord. L'article 1804 prévoit la tenue de consultations à la demande de l'une ou l'autre Partie. S'il n'est pas possible de régler le différend par des consultations, la question en litige est d'abord soumise à la Commission¹¹. Si celle-ci ne peut parvenir à une solution mutuellement satisfaisante, elle conserve deux possibilités : mandater un groupe spécial d'arbitrage¹² (avec l'accord des deux Parties) ou mandater un groupe spécial d'experts¹³ (à la demande de l'une ou l'autre Partie). Précisons que la Commission est appelée également à dresser et à tenir la liste des personnes privées disponibles et qualifiées pour faire partie des groupes spéciaux¹⁴.

Les modes de règlement des différends prévus au chapitre 18 se rapprochent beaucoup de ceux déjà en vigueur au GATT¹⁵ ce qui n'est cependant pas le cas pour le mécanisme prévu au chapitre suivant.

Le chapitre 19 prévoit la création de groupes spéciaux binationaux. Ceux-ci ont pour mandat l'examen judiciaire des ordonnances finales en matière de droits antidumping et compensateurs. Ils ont également la

8. *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, S.C. 1988, c.65. Nous utiliserons le titre abrégé de la loi, soit *Loi de mise en œuvre* tout au long du présent texte.

9. *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C., (1985) ch. S-15.

10. I. BERNIER, *supra*, note 7, p. 4.

11. Art. 1805 de l'Accord.

12. *Id.*, art. 1806.

13. *Id.*, art. 1807, par. 2.

14. *Id.*, art. 1807, par. 1.

15. T.L. McDORMAN, *supra*, note 4 où l'auteur fait une comparaison entre les deux mécanismes de règlement des différends.

mission de donner des avis déclaratoires sur toute modification apportée à la *Loi sur les droits antidumping* ou à la *Loi sur les droits compensateurs*¹⁶.

Contrairement aux groupes spéciaux prévus au chapitre 18, les groupes spéciaux binationaux mentionnés au chapitre 19 n'ont pas à être mandatés par la Commission. Ils constituent en outre la première instance décisionnelle investie de la compétence nécessaire pour régler les litiges en matière de droits antidumping ou compensateurs.

L'article 1904, par. 13 de l'Accord prévoit la création d'un « comité pour contestation extraordinaire » ayant pour mission de réviser la légalité d'une décision rendue par un groupe spécial binational.

Un mécanisme de ce genre, tout à fait nouveau en droit international économique, apparaît surtout destiné à calmer les appréhensions des gens d'affaires qui, aux États-Unis, en sont venus à considérer les demandes d'imposition de droits antidumping et compensateurs comme des recours leur appartenant en propre et qui voient donc avec une certaine suspicion une intervention étrangère dans le déroulement de ces procédures¹⁷.

La procédure de contestation extraordinaire est décrite à l'annexe 1904.13 de l'Accord.

À la lecture de ces dispositions, nous constatons que les groupes spéciaux binationaux prévus au chapitre 19 remplacent, dans certains cas, les tribunaux judiciaires nationaux en révisant rapidement leurs décisions finales¹⁸ relatives aux droits antidumping et compensateurs. Cette procédure binationale de révision vise à déterminer si les décisions des tribunaux nationaux sont conformes à la législation, aux règles de droit et à la jurisprudence du pays qui les a rendues, telles qu'interprétées à la lumière de l'Accord.

Cette procédure binationale de révision judiciaire prévue au chapitre 19 de l'Accord nous amène à poser la question suivante : sommes-nous en présence de véritables tribunaux parallèles non contrôlés par les cours canadiennes et américaines, et exerçant ainsi souverainement un pouvoir de contrôle judiciaire sur des mesures gouvernementales internes ?

La première partie de ce texte consistera à présenter les éléments constitutifs du contrôle judiciaire puis, eu égard à ses éléments, nous déterminerons si les groupes spéciaux binationaux prévus au chapitre 19 de l'Accord détiennent un réel pouvoir de contrôle judiciaire. Nous examinerons simultanément les éléments du contrôle judiciaire relativement aux

16. Art. 1903 et 1904 de l'Accord.

17. I. BERNIER, *supra*, note 7, p. 9.

18. Les décisions finales sont celles énoncées aux articles 1911 de l'Accord et 77.1 (1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, *supra*, note 9.

instances binationales prévues au chapitre 18 de l'Accord afin de déterminer si ces instances exercent également un pouvoir de contrôle judiciaire.

En second lieu, nous étudierons l'aspect constitutionnel de ce mécanisme de règlement des différends afin de déterminer si cette nouvelle procédure institutionnelle est conforme à la Constitution canadienne¹⁹.

1. Les institutions binationales exercent-elles une mission de contrôle judiciaire ?

Le concept du contrôle judiciaire se caractérise par les cinq éléments suivants : il émane de tribunaux indépendants de l'Exécutif ; il procède d'un débat contradictoire où les parties intéressées peuvent faire valoir pleinement leurs moyens ; il se finalise par voie de jugements exécutoires ; il est institué à l'initiative de personnes physiques ou morales ; il porte sur le contrôle de la légalité des actes de l'administration, soit essentiellement sur des questions de droit et de compétence, ou sur des questions mixtes de faits et de droit²⁰.

La présence de chacun de ces éléments s'avère essentielle pour conclure à l'exercice d'un contrôle judiciaire.

1.1. Ces institutions sont-elles des tribunaux indépendants de l'Exécutif ?

Dans notre droit constitutionnel l'indépendance des tribunaux est un des éléments clés du pouvoir de contrôle judiciaire. Ce principe en plus d'être enchâssé à l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la*

19. Le processus de révision judiciaire par des groupes spéciaux binationaux soulève des interrogations d'ordre constitutionnel aux États-Unis. Nous n'entendons pas traiter de ce sujet dans la présente étude. Le lecteur intéressé par le sujet pourra lire les articles suivants : G.A. CHRISTENSON et K. GAMBREL, « Constitutionality of Binational Panel Review in Canada-U.S. Free Trade Agreement », (1989) 23 *Int'l Law* 401 ; D. RESNICOFF, « The United States-Canada Free Trade Agreement and the U.S. Constitution : Does Article III allow binational panel review of antidumping and countervailing duty determinations ? », (1990) 13 *B.C. Int'l & Cons. L. Rev.* 237 ; G.Y. OHANA, « The constitutionality of Chapter nineteen of the United States-Canada Free Trade Agreement : Article III and the minimum scope of judicial Review », (1989) 89 *Colum. L. Rev.* 897 ; T.W. BARK, « The binational panel mechanism for reviewing United States-Canadian antidumping and countervailing duty determinations : A constitutional dilemma ? », (1989) 29 *Va J. Int'l L.* 681.

20. D. LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Montréal, Les Publications CCH/FM, 1989, p. 310.

personne²¹ a été constitutionnalisé par les articles 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²² et 11 d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*²³.

L'arrêt *Valente*²⁴ a dégagé les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, soit : l'immovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle du tribunal. Examinons l'application de ces trois critères à l'égard des institutions binationales établies par l'Accord.

1.1.1. L'immovibilité des membres

L'immovibilité des membres des groupes spéciaux binationaux, prévus au chapitre 19 de l'Accord, est expressément stipulée aux articles 3 (2) b) du *Règlement sur les membres des groupes spéciaux*²⁵ de même qu'au *Règlement sur les membres des comités*²⁶. Aucune disposition analogue n'est prévue pour les membres de la Commission et des groupes spéciaux d'experts ou d'arbitrage prévus au chapitre 18 de l'Accord.

1.1.2. La sécurité financière des membres

La sécurité financière des membres des institutions binationales est expressément stipulée aux articles 11 (2) et 12 (2) de la *Loi de mise en œuvre*. Bien que le gouverneur en conseil puisse fixer la rémunération des groupes spéciaux d'experts, d'arbitrage et binationaux, il reste que pour les groupes spéciaux binationaux, c'est la Commission qui, en vertu de l'Annexe 1901.2, par. 13, établit le montant de leur rémunération. Le gouverneur du Canada devant pour sa part payer la moitié du total des frais supportés par la Commission ou en son nom.

1.1.3. L'indépendance institutionnelle des institutions binationales

1.1.3.1. La nomination des membres

La nomination des membres de toutes ces institutions binationales se fait par le gouverneur en conseil en vertu des articles 11 (1)(a) et 12 (1) de la *Loi de mise en œuvre*.

21. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c.C-12.

22. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, App. II, n° 5.

23. *Charte canadienne des droits et libertés*, Annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, App. II, n° 44. Nous pouvons également présumer qu'il figure parmi les principes de justice fondamentale au fin de l'article 7 de la *Charte canadienne*.

24. *R. c. Valente*, (1985) 2 R.C.S. 673.

25. *Règlement sur les membres des groupes spéciaux*, DORS/89-70, (1989) 123 *Gazette du Canada*, Partie II, 134 (Édition spéciale n° 1, 6 janvier 1989).

26. *Règlement sur les membres des comités*, DORS/89-71, (1989) 123 *Gazette du Canada*, Partie II, 137 (Édition spéciale n° 9, 6 janvier 1989).

Dans l'affaire de l'obligation du Canada en matière de débarquement du saumon et du hareng du Pacifique²⁷, la nomination d'un membre suppléant, dû au décès d'un membre du groupe spécial, fût faite conformément aux *Règles de procédure types à l'intention des groupes spéciaux institués en vertu du chapitre 18*²⁸.

1.1.3.2. La création des institutions binationales

Enfin, le mode de création des institutions binationales établi par l'article 11 (1) a) de la *Loi de mise en œuvre* contribue à assurer leur indépendance²⁹.

Toutefois, cette indépendance statutaire ne suffit pas, encore faut-il que ses membres soient eux aussi indépendants.

L'article 1807, par. 1 de l'Accord mentionne que les experts devant faire partie des groupes spéciaux ne seront affiliés à aucune des Parties et n'en recevront pas d'instruction. Une disposition similaire est prévue à l'annexe 1901.2, par. 1 de l'Accord pour les membres des groupes spéciaux binationaux.

1.1.3.3. L'immunité des membres

Les membres des groupes spéciaux binationaux jouissent d'une immunité quasi absolue à l'endroit de poursuites civiles en vertu de l'annexe 1901.2, par. 12 de l'Accord et l'article 77.21, par. 3 de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*³⁰. L'octroi de cette immunité est une conséquence directe de leur indépendance.

1.1.3.4. L'impartialité des membres

L'indépendance judiciaire ne saurait être parfaite si les juges ne possèdent par le caractère d'impartialité. Le *Code de conduite relatif aux procédures prévues aux chapitres 18 et 19* [...] ³¹ mentionne à sa partie II que tout membre devra être indépendant et impartial.

27. Dans l'affaire de l'obligation du Canada en matière de débarquement du saumon et du hareng du Pacifique, Rapport final du Groupe spécial, 16 octobre 1989.

28. *Règles de procédure types à l'intention des groupes spéciaux institués en vertu du chapitre 18*, (1989) 123 G. C., Partie I, 100.

29. Pour connaître le processus de nomination des membres des groupes spéciaux lire les articles 1807, par. 1 et 3 et l'annexe 1901.2 de l'Accord.

30. Il faut dire que cette immunité disparaît lorsqu'il y a violations des engagements signés en vertu de l'Annexe 1901.2, par. 7 de l'Accord et l'article 77.26 (1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, *supra*, note 9.

31. *Code de conduite relatif aux procédures prévues aux chapitres 18 et 19 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, (1989) 123 G. C., Partie I, 96.

La meilleure preuve de l'impartialité des membres des groupes spéciaux d'experts ou binationaux nous est donnée par la jurisprudence. Des 12 décisions rendues en 1989 et 1990 et déboutant la position américaine, 10 ont néanmoins été unanimes. Relativement aux affaires du porc³² et des framboises rouges³³, les membres américains de la Commission joignirent leurs voix à celles de leurs collègues canadiens, condamnant ainsi de concert le point de vue des États-Unis. Dans la première instance afférente au porc, la majorité des membres américains de la Commission, appuyés par les 2 membres canadiens, donnèrent également raison aux exportateurs canadiens³⁴.

L'analyse des différentes composantes de l'indépendance judiciaire eu égard à l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle nous amène à conclure que les institutions binationales jouissent d'une indépendance judiciaire globale.

1.2. Existe-t-il un débat contradictoire entre les Parties ?

Il est de l'essence même du contrôle judiciaire de prévoir des règles de procédure afin que les parties puissent pleinement être entendues.

Une façon de voir si nous sommes en présence d'un contrôle judiciaire ou d'opportunité est d'examiner les règles de procédure mises en place par les deux gouvernements.

Dans le cas des litiges prévus aux chapitres 18 et 19 de l'Accord, toutes les parties intéressées devront se soumettre aux règles de procédure prévues respectivement aux articles 1807, par. 4 et 1904, par. 14 de l'Accord. Elles pourront comparaître et être représentées par des avocats. Ces règles de procédure prévoient les requêtes, les procédures écrites, les mémoires d'argumentation, la conférence préparatoire et l'audition.

Les règles de procédure adoptées par le gouvernement canadien apparaissent dans la *Gazette du Canada*, Partie I³⁵. Ces règles assez détaillées reflètent bien la procédure contradictoire existant tout au long du litige.

32. Dans l'affaire du porc frais, frigorifié et congelé du Canada, U.S.Q.-89-1904.11. Avis et ordonnance du Groupe spécial, 24 août 1990.

33. Dans l'affaire des framboises rouges du Canada, U.S.A.-89-1904-01. Avis et ordonnance du Groupe spécial, 15 décembre 1989.

34. Lire sur le sujet l'article de G. HORLICK et A. DE BUSK, *Globe and Mail*, 12 janvier 1991.

35. Voir *supra*, note 28 ; *Règles de procédure des groupes spéciaux binationaux formés en vertu de l'article 1904 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, (1989) 123 G. C., Partie I, 103. ; *Règles de procédure des comités pour contestation extraordinaire formés en vertu de l'article 1904 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis d'Amérique*, (1989) 123 *Gazette du Canada*, Partie I, 132.

Les institutions binationales offrent ainsi aux Parties la possibilité d'un débat contradictoire tout au long du processus décisionnel.

1.3. Les décisions rendues par ces institutions sont-elles exécutoires ?

Contrairement aux conclusions des rapports du GATT, qui ne sont que des recommandations, les décisions rendues par les groupes spéciaux binationaux prévus au chapitre 19 sont exécutoires et obligatoires³⁶ alors que celles rendues par la Commission ou les groupes spéciaux d'arbitrage prévus au chapitre 18 sont exécutoires mais non obligatoires³⁷.

Étant donné le caractère non obligatoire des décisions rendues par la Commission ou par les groupes spéciaux d'arbitrage, des mesures de rétorsion ont été prévues au cas où l'une des Parties ne voudrait pas mettre à exécution, dans un délai opportun, la décision rendue par ces deux instances.

La mesure de rétorsion la plus radicale ouverte à la Partie qui s'estime lésée est le droit de suspendre l'application d'avantages équivalents de l'Accord à la Partie contrevenante jusqu'à ce que la question soit réglée³⁸.

Cette possibilité offerte par une Partie d'utiliser un tel moyen de pression, fait dire à T. L. McDorman :

This lends further weight to the argument that binding arbitration in the dispute settlement regime is not really binding. The parties have left themselves room to override an arbitration decision and negotiate to resolve disputes regarding emergency action³⁹.

Les Parties ont ainsi une marge de discrétion dans l'application du dispositif du jugement, ce qui diffère nettement des jugements rendus par les tribunaux nationaux qui sont exécutoires de plein droit.

1.3.1. La jurisprudence relative au chapitre 18

Jusqu'à présent seulement deux décisions ont été rendues en vertu du chapitre 18. La toute première décision rendue par un groupe d'experts, l'affaire du saumon⁴⁰ démontre très clairement, selon le professeur Ivan Bernier « [...] la volonté marquée de procéder suivant une logique essentiellement orientée vers l'élimination des obstacles aux commerce de produits et de services entre les pays »⁴¹.

36. Art. 1904, par. 9 de l'Accord.

37. *Id.*, article 1807, par. 9, où il est expressément stipulé que c'est la Commission et non le groupe spécial qui rend la décision finale. Art. 1806, par. 3 de l'Accord.

38. *Id.*

39. T.L. McDORMAN, *supra*, note 4, p. 317.

40. Voir *supra*, note 27.

41. I. BERNIER, *supra*, note 7, p. 19.

Malgré leur caractère non obligatoire, les décisions rendues par la Commission ont été respectées selon les termes prescrits par la Commission.

1.3.2. La jurisprudence afférente au chapitre 19

Pour ce qui est des litiges concernant les droits antidumping ou compensateurs, les dix décisions rendues jusqu'à présent par les groupes spéciaux binationaux ont été exécutées conformément à l'article 1904, par. 9 de l'Accord. Nous pouvons donc conclure que les décisions rendues par les institutions binationales sont exécutoires et obligatoires dans les cas prévus au chapitre 19, ainsi qu'exécutoires mais non obligatoires dans les cas prévus au chapitre 18 quoique ce caractère non obligatoire soit tempéré par des mesures de rétorsion.

1.4. Ces institutions doivent-elles être instituées à l'initiative des personnes physiques ou morales ?

Le but premier des cours de justice est d'assurer la primauté du droit. Cependant, il est de l'essence même de la fonction judiciaire que les cours assurent ce mandat à l'occasion de litiges introduits par des parties.

Dans le cas des litiges relatifs à l'application ou l'interprétation de l'Accord, seul le gouvernement du Canada ou celui des États-Unis peut, en vertu de l'article 5 de la *Loi de mise en œuvre* saisir la Commission. Les personnes physiques ou morales de même que les gouvernements des provinces et des États n'ont pas directement accès au mécanisme de règlement des différends⁴².

La situation diffère toutefois à l'égard des différends concernant les droits antidumping ou compensateurs. En effet, les deux gouvernements doivent intervenir sur la requête d'une personne qui, en vertu de la loi intérieure pourrait tenter un recours⁴³.

Les groupes spéciaux binationaux prévus au chapitre 19 peuvent être saisis par quiconque en fait la demande (les personnes physiques, les personnes morales et les gouvernements canadien et américain). Nous pouvons donc conclure qu'il faut absolument l'initiative d'une personne physique ou morale pour que les institutions binationales soient saisies.

42. T.L. McDORMAN, *supra*, note 4, p. 306.

43. Art. 1904, par. 5 de l'Accord.

1.5. Ces institutions exercent-elles essentiellement un contrôle de légalité ou d'opportunité ?

Il existe une différence essentielle entre le contrôle de légalité qui relève essentiellement des cours supérieures, et le contrôle d'opportunité, qui porte plutôt sur le bien fondé de la mesure. Dans le premier cas, on vérifiera si le décideur a agi conformément aux normes juridiques qu'il a pour mission d'appliquer. Dans le deuxième cas, le contrôle permettra à son auteur de substituer son appréciation des faits à celle du décideur et de rendre la décision qui, selon lui, aurait dû être rendue⁴⁴.

Le contrôle de la légalité porte donc « essentiellement sur des questions de droit et de compétence ou sur des questions mixtes de faits et de droit »⁴⁵.

1.5.1. Les groupes spéciaux d'experts prévus au chapitre 18

Le mandat du groupe spécial d'experts est de rendre un rapport initial contenant des conclusions de fait, ainsi que sa décision quant à savoir si la mesure en cause est ou serait incompatible avec les obligations découlant du présent accord ou entraînerait une annulation ou une réduction d'avantages au sens de l'article 2011⁴⁶. Ceci ne soustrait pas nécessairement les questions de droit de l'attention des groupes spéciaux lesquels doivent apprécier les faits à la lumière de la loi (canadienne ou américaine selon le cas) afin de vérifier si les décisions rendues par l'autorité compétente chargée de l'enquête⁴⁷ sont compatibles avec les objectifs visés par l'Accord.

L'affaire du saumon⁴⁸ est celle qui a posé les balises auxquelles seront susceptibles de se référer les groupes spéciaux d'experts. Dans cette affaire le test de la proportionnalité a été appliqué pour déterminer si le règlement en cause ne constituait pas une prohibition mais plutôt une restriction à l'exportation. Le groupe spécial d'experts a conclu que le

44. D. LEMIEUX, *supra*, note 20, p. 781 s. Cette distinction a d'ailleurs été établie notamment dans l'arrêt *P.G. du Canada c. Inuit Tapirisat*, (1980) 2 R.C.S. 735.

45. D. LEMIEUX, *supra*, note 20, p. 310.

46. Art. 1807, par. 5 de l'Accord.

47. L'autorité compétente chargée de l'enquête est définie à l'article 1911 de l'Accord, a) dans le cas du Canada, (i) le Tribunal canadien des importations ou tout organisme qui lui aura succédé, ou (ii) le sous-ministre du revenu national, pour les douanes et l'accise, selon la définition qu'en donne la Loi sur les mesures spéciales d'importation, ou son successeur, et, b) dans le cas des États-Unis d'Amérique, (i) la International Trade Administration du département du Commerce des États-Unis ou tout organisme qui lui aura succédé, ou (ii) la United States International Trade Commission ou tout organisme qui lui aura succédé.

48. Voir *supra*, note 27.

moyen utilisé (le règlement) était déraisonnable compte tenu de l'objectif visé. Le test utilisé par les groupes spéciaux d'experts n'est pas du tout étranger à ce qui se pratique dans notre droit interne⁴⁹. Pour satisfaire aux objectifs de l'article 1807, par. 5 le groupe spécial d'expert doit donc examiner la légalité des mesures utilisées. C'est également ce que soutient T.L. McDorman, « In the course of responding to the narrow question respecting the GATT consistency of the 100 per cent landing requirement, the FTA Panel examined the potential legality of a less than 100 per cent landing requirement »⁵⁰.

1.5.2. Les groupes spéciaux d'arbitrage prévus au chapitre 18

La mission du groupe spécial d'arbitrage est essentiellement de rendre une décision fondée sur les arguments et les conclusions présentées par les Parties⁵¹. C'est le groupe spécial d'arbitrage qui rend la décision finale en vertu de l'article 1806, par. 3 de l'Accord et aucune procédure de révision de sa décision par la Commission n'est prévue dans l'Accord.

1.5.3. La Commission prévue au chapitre 18

Pour sa part, la Commission n'exerce aucun contrôle sur la légalité des décisions rendues par les groupes spéciaux d'experts puisqu'elle doit rendre normalement⁵² une décision conforme à leurs recommandations⁵³.

Aucune procédure de révision de la décision du groupe spécial d'experts n'est prévue dans l'Accord. La Commission, même si elle se situe sur un palier administratif différent, ne doit pas substituer son opinion à celle des groupes spéciaux d'experts qui ont entendu les Parties.

1.5.4. Les groupes spéciaux binationaux prévus au chapitre 19

Quant aux décisions finales rendues en matières de droit antidumping ou compensateurs, une procédure d'examen judiciaire par un groupe spécial binational a été prévue en vertu de l'article 1904, par. 1 de l'Accord.

49. Le critère de proportionnalité est utilisé en droit constitutionnel canadien en vertu de l'article 1 de la Charte canadienne et en droit administratif. D. LEMIEUX, *supra*, note 20, p. 4312 ; J. JOWELL et A. LESTER, « Proportionality : Neither Novel nor Dangerous », *New Directions in Judicial Review*, Londres, 1988, p. 51.

50. T.L. McDORMAN, « Using the Dispute Settlement Regime of the Free Trade Agreement : The West Coast Salmon and Herring Problem », (1990) 4 *C.U.B.L.R.* 183.

51. Articles 1806, par. 2 et 1807, par. 4 de l'Accord.

52. L'interprétation du mot « normalement » dans cette disposition soulève une interrogation : « Under what circumstances is it permissible to deviate from this discretion ? », K.B. FERGUSON, *supra*, note 4, p. 335.

53. Article 1807, par. 8 de l'Accord.

L'article 1904, par. 3 précise que le groupe spécial binational appliquera les critères d'examen décrits à l'article 1911 ainsi que les principes généraux qu'un tribunal de la Partie importatrice appliquerait à l'examen d'une décision de l'autorité compétente chargée de l'enquête.

Lorsque nous examinerons les décisions rendues, jusqu'à maintenant, nous constatons que les groupes spéciaux binationaux ont effectivement utilisé ces critères de révision.

Les critères d'examen décrits à l'article 1911 (a) sont, dans le cas du Canada, les motifs énoncés au paragraphe 28 (1) de la *Loi sur la Cour fédérale*⁵⁴ pour ce qui concerne toutes les décisions finales. Cette référence au trois cas d'ouverture de révision judiciaire⁵⁵ par les Parties indique de façon très claire que nous sommes en présence d'un contrôle judiciaire. Il en est de même pour la Partie américaine où les critères de révision sont énoncés à l'article 1911 de l'Accord.

Finalement, l'Accord prévoit en outre la possibilité d'une étape additionnelle, soit la procédure de contestation extraordinaire. En vertu de l'annexe 1904.13, par. 1 c'est uniquement à la demande d'une Partie que ce comité composé de trois membres pourra être institué. Cette procédure n'est ouverte que dans les cas d'illégalité prévus à l'article 1904, par. 13 de l'Accord⁵⁶. Jusqu'ici, aucune décision rendue par un groupe spécial binational n'a été infirmée par ce comité. Il faut y voir un gage que le mécanisme de règlement des différends mis en place par les Parties fonctionne adéquatement.

L'analyse des dispositions institutionnelles de l'Accord nous invite à conclure que les groupes spéciaux binationaux exercent véritablement une mission de contrôle judiciaire. Néanmoins, cet aspect demeure plus né-

54. *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, c. F-7.

55. *Id.*, art. 28 (1) de la *Loi sur la Cour fédérale* :

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a de quelque autre manière outrepassé sa compétence ou refusé de l'exercer ; b) rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ; c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose.

56. Art. 1904, par. 13 de l'Accord :

Soit, a) (i) qu'un membre du groupe spécial s'est rendu coupable d'inconduite grave, de parti pris ou de grave conflit d'intérêts ou a autrement violé de façon sensible les règles de conduite, (ii) que le groupe spécial s'est considérablement écarté d'une règle fondamentale de procédure, ou (iii) que le groupe spécial a manifestement outrepassé les pouvoirs, l'autorité ou la compétence que lui confère le présent article, et b) que l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa a) a sensiblement influé sur la décision du groupe spécial et menace l'intégrité du processus d'examen binational [...].

buleux quant à la Commission elle-même. Toutefois, la jurisprudence embryonnaire des groupes spéciaux d'experts semble militer en faveur de l'exercice d'un pouvoir s'apparentant au contrôle judiciaire.

Le mécanisme de règlement des différends prévu à l'Accord paraît unique en son genre ; il ne peut être apparenté à la Cour de justice des communautés européennes, laquelle décide en dernier ressort quant à l'application du droit européen. Le caractère exécutoire des institutions binationales distingue également celles-ci des modes de règlement des différends prévus par le GATT et par d'autres ententes régionales de libre-échange.

2. Est-il constitutionnellement valide de transférer une partie du contrôle judiciaire à des organismes binationaux qui ne sont pas des cours supérieures canadiennes ?

Le pouvoir de surveillance et de contrôle judiciaire traditionnellement dévolu à la Cour supérieure et à la Cour fédérale ne semble plus appartenir exclusivement à ces deux paliers juridictionnels depuis la mise en œuvre de l'Accord.

En effet, la première partie de notre étude nous a amené à conclure que les groupes spéciaux binationaux exercent réellement un pouvoir de surveillance et de contrôle judiciaire. Mais ce transfert d'une partie du contrôle judiciaire, originellement détenu par la Cour fédérale, à ces groupes spéciaux binationaux est-il constitutionnel ?

Les arrêts *Farrah*⁵⁷ et *Crevier*⁵⁸ ont amené la conclusion que l'on ne pouvait transférer à des organismes administratifs le pouvoir de surveillance et de contrôle judiciaire à moins que leurs membres soient nommés conformément à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit par le gouverneur général.

Les articles 11 (1) a) et 12 (1) de la *Loi de mise en œuvre* décrète que la nomination des membres des groupes spéciaux se fera par le gouverneur en conseil. Bien que deux seuls membres d'un groupe soient nommés par le gouverneur général, la publication des noms des membres américains sur la liste des candidats retenus pour les groupes spéciaux⁵⁹ est une façon implicite pour le gouverneur en conseil de ratifier la nomination des membres américains. La création des institutions binationales ne posent pas de problèmes d'ordre constitutionnel puisqu'elle est conforme à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

57. *P.G. du Québec c. Farrah*, (1978) 2 R.C.S. 638.

58. *Crevier c. P.G. Québec*, (1981) 2 R.C.S. 220.

59. Voir par exemple à 123 G. C., Partie II, Édition spéciale SOR/DORS/89-70.

Afin que les groupes spéciaux binationaux puissent remplir pleinement leur mission de contrôle de la légalité des décisions qui leur sont soumises, le législateur canadien leur a délégué le pouvoir de contrôle judiciaire attribué à la Cour fédérale en vertu de l'article 28 de sa loi constitutive. Dans la mesure où une instance binationale est saisie, aucun recours à la Cour fédérale ne peut être entrepris⁶⁰.

Cette façon de procéder est tout à fait conforme à notre droit constitutionnel puisque la Cour fédérale, à l'instar des cours statutaires, ne possède que les pouvoirs que sa loi constitutive a bien voulu lui attribuer.

Nous devons cependant garder à l'esprit que ce dessaisissement ne peut porter sur des questions d'ordre constitutionnel pour lesquelles les cours nationales compétentes et plus spécifiquement les cours supérieures ont une compétence reconnue par la Constitution canadienne⁶¹. Le législateur fédéral ou provincial ne pourrait pas, même s'il le voulait, enlever ce pouvoir inhérent que possède la Cour supérieure.

Conclusion

Nous avons démontré l'aspect novateur des institutions binationales prévues dans le cadre de l'Accord de libre-échange Canada/États-Unis. En effet, les groupes spéciaux binationaux prévus au chapitre 19 exercent véritablement un pouvoir de surveillance et de contrôle judiciaire des mesures gouvernementales internes. Quant aux groupes spéciaux d'experts prévus au chapitre 18 de l'Accord, nous croyons qu'ils exercent un pouvoir s'apparentant au contrôle judiciaire. De plus, nous croyons que ces innovations générées par les institutions binationales sont tout à fait compatibles avec le cadre constitutionnel canadien.

Finalement, les modes de règlement des différends prévus aux chapitres 18 et 19 de l'Accord semblent porteurs de transformations qui affecteront l'ensemble de la problématique du contrôle judiciaire. Par le fait même, ces changements profonds modifieront l'approche des cours de justice nationales, lesquelles auront à apprécier les décisions rendues par les institutions binationales.

60. Art. 1801, par. 3 et 1904, par. 11 de l'Accord. Précisons que les Parties conservent toujours le choix entre saisir les tribunaux nationaux ou les institutions binationales. Il faut également mentionner qu'en vertu de l'article 1801, par. 3 de l'Accord, le Canada et les États-Unis conservent toujours leur liberté de recourir aux instances du GATT pour régler les différends également couvert par ce traité.

61. Ce principe a été reconnu dans l'arrêt *C.C.R.T. c. L'Anglais Inc.*, (1983) 1 R.C.S. 147, confirmant (1981) C.A. 62.